

University of Groningen

Staatsvorming zonder codificatie

Berg, P.A.J. van den

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2005

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Berg, P. A. J. V. D. (2005). *Staatsvorming zonder codificatie*. University of Groningen. Faculty of Law.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

STAATSVORMING ZONDER CODIFICATIE

Een vergelijking tussen het codificatiestreven op het continent en in Engeland, met bijzondere aandacht voor Jeremy Bentham en Henry Peter Brougham

Expectation is a chain which unites
our present and our future
existence, and passes beyond
ourselves to the generations which
follow us.
Jeremy Bentham¹

1 Inleiding

Aan het begin van de negentiende eeuw hamerde de Engelsman Jeremy Bentham (1748-1832) in een schier eindeloos aantal geschriften op het belang van codificatie van het privaatrecht. Toch hadden zijn voorstellen daartoe geen succes, net zomin als de in de voorafgaande eeuwen door anderen in Engeland geopperde plannen. Op het continent daarentegen kwamen in dezelfde periode wel codificaties tot stand, onder andere in Frankrijk (1804), de Donaumonarchie (1811), Pruisen (1794) en Nederland (1809). Waarom was het codificatiestreven op het continent wel succesvol, terwijl in Engeland, juist het land van Bentham, een codificatie uitbleef? Van verschillende kanten is in het verleden een duidelijk, zij het wat summier antwoord op deze vraag gegeven. Al in 1924 schreef Maurice Lang in zijn dissertatie dat Engeland reeds vanaf de tweede helft van de elfde eeuw een krachtig centraal gezag kende en vanaf het einde van de twaalfde eeuw een min of meer uniform privaatrecht kende, de zogenaamde 'common law'.² Uniformering van het recht door middel van een codificatie was daarom, anders dan op het continent, niet nodig. In het standaardwerk over de rechtsvergelijking van Zweigert en Kötz wordt dezelfde verklaring gegeven³ en ook Lokin en Zwolve zien de afwezigheid van rechtsverscheidenheid als reden voor het uitblijven van een codificatie.⁴

Voor degenen die mijn proefschrift kennen, zal het niet verbazend zijn, dat mij deze verklaring erg plausibel lijkt.⁵ De achtergrond van de genoemde continentale codificaties was, zoals ik daar betoog, een politiek streven naar de opheffing van [12] de autonome bevoegdheid tot lokale rechtsvorming. Het belangrijkste doel van deze codificaties was het beëindigen van de rechtsverscheidenheid om zo bij te dragen aan de verbetering van de staatsstructuur. De codificaties maakten, anders gezegd, deel uit van het proces van staatsvorming, dat zich al eeuwen in Europa aan het voltrekken was. Indien het antwoord op de bovengesteld vraag zo eenvoudig is, waarom is het dan nodig om hier toch nog aandacht aan te besteden? Ik geef U twee redenen.

Ten eerste circuleert er een andere verklaring voor het feit dat het codificatiestreven op het continent wel resultaat had en in Engeland niet.⁶ Deze verklaring, die niet berust op een concreet onderzoek naar de codificatiegeschiedenis, luidt als volgt. Codificaties maken, zo is het uitgangspunt, niet zozeer deel uit van de staatsvorming, zij dienen niet ter ondersteuning ervan, maar zij vloeien eruit voort. Codificaties worden gezien als het gevolg van de opkomst van de moderne eenheidsstaat, waarvan het belangrijkste kenmerk 'bureaucratisering' is en niet centralisatie van het gezag.⁷ 'Bureaucratie' wordt opgevat in de Weberiaanse zin, dat wil zeggen als een formeel-rationeel bestuursstelsel, waar op basis van abstracte regels gehandeld wordt. Weber schrijft de opkomst ervan toe aan de opkomst van de kapitalistische samenleving. Bij een dergelijke samenleving hoort ook, zo gaat de verklaring verder, een modern, rationeel en formeel rechtssysteem, waar abstracte regels overheersen, alsmede academisch gevormde juristen die deze regels kunnen hanteren. Het zal duidelijk zijn dat een codificatie als een dergelijk modern systeem beschouwd wordt.⁸ Aangezien in Engeland, anders dan op het continent, en dan met name in Frankrijk en Pruisen, geen bureaucratisering had plaatsgevonden en daardoor ook een academisch geschoolde juristenstand ontbrak, bleef, zo meent men, daar codificatie uit. Het feit dat Engeland wel een sterk gecentraliseerd gezag kende, deed daar niet aan af: het was gedwongen zich te behelpen met de niet-rationele, eigenlijk feodale common law. Ik vind deze verklaring, die ik in het vervolg als de 'bureaucratie-these' aanduid, niet erg overtuigend. Er wordt ter onderbouwing van de verklaring te weinig gezegd over de omvang van de bureaucratie op het continent, en ook ontbreken aanwijzingen bij welk 'departement' die zich bevond, bij defensie, bij de fiscus of bij justitie. Het begrip

‘bureaucratie’ is bovendien, zoveel is na recent onderzoek wel duidelijk, een moeilijk te operationaliseren begrip, waar het om het *Ancien Régime* gaat.

De tweede reden om aandacht aan de Engelse codificatiegeschiedenis te besteden, is dat de door Lang *cum suis* en ook door mij aangehangen verklaring wel plausibel, maar zij is nog niet voldoende onderbouwd. De argumenten die *in concreto* voor codificatie werden aangevoerd, vormen noodzakelijk verbindings-elementen: zij kunnen de verschijnselen codificatie en staatsvorming aan elkaar koppelen. Gelukkig zijn er in Engeland wel degelijk voorstellen tot codificatie gedaan en het is daarom mogelijk een nadere vergelijking te maken tussen de argumenten die [13] op het continent werden gebruikt om tot codificatie over te gaan, en de in Engeland gehanteerde argumentatie. Bovendien is goed om op deze plaats te memoreren dat Engeland rond 1800 niet alleen zelf nog enige rechtsverscheidenheid kende, maar ook sinds 1707 deel uitmaakte een federale staat, het Verenigd Koninkrijk, waartoe verder deelstaten als Wales, Schotland en Noord-Ierland behoren. Deze federale staatsstructuur is tot de dag van vandaag gehandhaafd met grote gevolgen. De deelstaten hebben niet alleen eigen voetbalteams, maar soms - in het geval van Schotland - ook een eigen rechtssysteem. Zelfs de kanaaleilanden Guernsey en Jersey hebben een eigen recht. Noch Engeland, noch Groot-Brittannië kende rond 1800 derhalve volledige rechtseenheid.

In het vervolg van mijn betoog, waarin vooral aandacht besteed zal worden aan Engeland, zal ik aansluiting zoeken bij deze twee redenen. Ik zal in de eerste plaats een vergelijking maken van de context waarin het codificatiestreven zich op het continent en in Engeland afspeelde. In de tweede plaats zal gekeken worden naar de argumenten die op het continent en in Engeland voor een codificatie werden aangevoerd. Ik zal mij hier ten aanzien van het continent beperken tot de argumenten die in een direct verband met de realisatie van de codificaties staan. Voor Engeland worden alleen de argumenten van Bentham en Henry Peter Brougham (1778-1868), lid van het Britse Lagerhuis en van 1830 tot 1834 *Lord Chancellor*, dat wil zeggen hoofd van het gerechtelijke apparaat, weergegeven. Voor een behandeling *in extenso* van de op het continent gebruikte argumenten voor codificatie verwijs ik naar mijn proefschrift. Aan het overige deel van het Britse codificatie-epos hoop ik in de toekomst nog enige gedachten te wijden.

2 Codificatie op het continent

2.1 De achtergrond van de continentale codificaties

Als we kijken naar de privaatrechtelijke rechtsbronnenleer op het continent rond 1700 dan moeten we constateren dat het lokaal gevormde recht dominant was. Dit lokale recht, bestaande uit gewoonterecht en statuten, had primaire gelding. Het gewoonterecht was bovendien ‘autonoom’, dat wil zeggen dat het ondanks de verschriftelijking die sinds de vijftiende eeuw mede onder invloed van de vorst had plaatsgevonden, het karakter van gewoonterecht had behouden. Met een wijziging in de gewoonte veranderde in beginsel ook het gewoonterecht. De centrale overheid had derhalve nauwelijks greep op het lokale recht. Zij kon namelijk geen wijzigingen aanbrengen zonder toestemming van de lokale overheden en het is dan ook niet verwonderlijk dat haar ordonnances meestal op publiekrechtelijk terrein betrekking hadden. Er bestond tenslotte, noch in de Donaumonarchie⁹, noch in Frankrijk¹⁰, noch in Pruisen¹¹ een centraal hoogerechtshof, dat bevoegd was kennis te [14] nemen van beroep tegen uitspraken van lagere rechters uit alle deelstaten. Daarmee was een grote rechtsverscheidenheid binnen continentale staten als Frankrijk en Oostenrijk onvermijdelijk. Deze rechtsverscheidenheid werd wel enigszins getemperd door het verschijnsel ‘subsidiar recht’. Men nam namelijk indien er sprake was van lacunes in het lokale recht zijn toevlucht tot een meer algemeen, subsidiair geldende - zoals het Romeinse recht en, met name in Frankrijk, het naburige gewoonterecht. Ook tijdens het proces van verschriftelijking en homologatie van de costumen, een proces dat in Frankrijk tussen 1450 en 1550 onder supervisie van de vorst plaats had gevonden, namen de verschillen wat af. De ontwikkeling in de richting van een uniform recht kon - samengevat - wel door de centrale overheid worden bevorderd, maar - en dat is essentieel - niet worden afgedwongen.

Tot ver in de zeventiende eeuw werd deze rechtsverscheidenheid niet als een ernstig probleem ervaren. Zij kon immers overal op het continent binnen iedere staat worden aangetroffen en werd daarom als normaal beschouwd, net als overigens de taalverscheidenheid. Het was de *religieuze* verscheidenheid die de gemoederen het meest verhitte. Voor de justitiabelen, de rechtzoekenden, zal de situatie wel dragelijk geweest zijn. Dezen hadden immers meestal te maken met het recht van hun eigen provincie en dat was goed bekend, zeker in Frankrijk, waar verschriftelijking van de costumen plaats had gevonden. Voor de gevallen waar sprake was van overschreiding van de grenzen van de eigen provincie bestond er een ontwikkeld 'Internationaal Privaatrecht'. Ook de centrale overheid legde zich vrij gemakkelijk neer bij de rechtsverscheidenheid. De gewoonte was nu eenmaal de meest gangbare rechtsbron. Rechtsvorming door middel van wetgeving was uitzondering en kon dat ook zijn in een maatschappij, waarin sturing en verandering op grote schaal niet werd overwogen. De term 'maakbare samenleving' moest nog bedacht worden. Daarnaast was de idee van de natie-staat, waarin een taalkundig, cultureel en juridisch homogene bevolking als de essentie van de staat word gezien, gewoonweg afwezig.¹² De conclusie moet dan ook zijn dat uniformiteit van het recht door slechts zeer weinigen serieus werd overwogen.¹³ Er werd in die periode wel eens voor een (overigens niet uniforme) codificatie gepleit, zoals bijvoorbeeld door [15] Hotman, maar dat had een praktisch-juridische achtergrond. Een dergelijk praktisch-juridische argumentatie betekent dat men met de codificatie de justitiabelen van dienst probeert te zijn, men wil hen makkelijk, goedkoper aan hun recht helpen. Een dergelijke argumentatie leidt, zo is mijn stelling, niet tot (uniforme) codificatie, omdat de breuk met de rechtsbronnenleer daarvoor een te ingrijpende wijziging is.

De staatsvorming was rond 1650 op het continent, en dan met name in Frankrijk, weliswaar 'succesvol', maar in het licht van de moderne eenheidsstaat verre van voltooid. Zo was er geen toleenheid, geen taaleenheid en geen rechtseenheid. In de loop van de 17e eeuw, en met name in de 18e eeuw verdween de berustende aanvaarding van deze 'gebreken' geleidelijk als gevolg van de voortdurende concurrentie tussen de Europese staten. Deze wedijver leidde namelijk tot een toenemende behoefte aan armslag voor de centrale overheid. Zij had, om slechts twee voorbeelden te noemen, steeds meer geld nodig om de oorlogen te financieren en zij wilde bij de militaire politiek niet langer gehinderd worden door beperkingen die werden veroorzaakt door de privileges van de deelstaten, zoals het verbod om legers uit de ene provincie in te zetten in een andere. De toenemende financiële behoefte bracht kameralistische auteurs ertoe te pleiten voor een actieve overheidspolitiek om de economische groei te bevorderen, waarbij verbetering en soms zelfs uniformering van het recht als een belangrijk middel werd beschouwd. In de loop van de achttiende eeuw kreeg deze juridische uniformiteit bovendien nog een tweede doel, te weten de homogenisering van de bevolking: de voorstanders van rechtseenheid hoopten dat de oude animositeit tussen de bevolking van de verschillende deelstaten weggenomen zou worden. Het codificatiestreven kreeg nu een bijzonder krachtige, 'praktisch-politieke' impuls. De vier continentale codificaties hadden namelijk exclusiviteit als belangrijkste eigenschap en verschaften zo de centrale overheid de gewenste greep op de rechtsvorming. De wet werd nu de centrale rechtsbron, hetgeen een radicale breuk met bestaande rechtsbronnenleer betekende. De wet werd zo tot instrument van de centrale overheid bij het uitvoeren van haar grootse plannen, waaronder de invoering van rechtseenheid. Met drie van de vier genoemde codificaties werd dat laatste ook daadwerkelijk gerealiseerd.

We kunnen aldus constateren dat de codificaties precies een oplossing boden voor problemen waarmee de centrale overheden in de zeventiende en achttiende eeuw werden geconfronteerd. Het wordt nu tijd om een direct verband tussen codificatie en staatsvorming aan te brengen op basis van historische bronnen. We moeten ons afvragen welke argumenten op het continent *in concreto* doorslaggevend waren bij de beslissing om tot codificatie over te gaan. Daarbij zal tevens nader worden ingegaan op de 'bureaucratiethese'.

2.2 *Het continentale codificatiestreven in concreto (1650-1800)*

Toen er vanaf het midden van de zeventiende eeuw stemmen opgingen om de rechtsverscheidenheid aan te pakken, werd men geconfronteerd met een aantal grote obstakels. Daardoor bleef codificatie en de daarmee gepaard gaande breuk met de bestaande rechtsbronnenleer lange tijd uit. Er bestonden allereerst staatsrechtelijke belemmeringen, die bij de aanhangers van de 'bureaucratie-these' onvoldoende uit de verf komen. De vorsten hadden gedurende het proces van staatsvorming de privileges, waaronder het behoud van de wetgeving, gegarandeerd en er [16] was geen sprake van een rechteloze samenleving. De vorsten hadden wel grotere, maar niet de absolute macht: de standen waren verre van machteloos.¹⁴ Bovendien moesten de vorsten altijd rekening houden met opstanden. Pas in de negentiende eeuw was er sprake van absolutisme in de zin zoals wij dat vaak opvatten: een oppermachtige vorst, die weinig tegenspraak duldde. Bovendien was de vorst meestal niet van zins om de staatsstructuur te wijzigen. Daarbij moet bedacht worden dat de positie van de vorst in het *Ancien Régime* onlosmakelijk was verbonden met de standenmaatschappij. Hij behoorde tot de hoge adel en kon zich moeilijk voorstellen de privileges van zijn eigen stand af te schaffen. Omdat de vorst helemaal niet wilde breken met de bestaande staatsstructuur hield hij zich veelal verre van een praktisch-politiek beargumenteerd codificatieplan, waarin radicaal met de bestaande rechtsbronnenleer gebroken zou worden. De Franse koning Louis XIV, bijvoorbeeld, beval weliswaar een hervorming van het recht door middel van ordonnances, maar hij deed dat om praktisch-juridische redenen en bleef dan ook angstvallig af van het staatsrechtelijk gegarandeerde lokale recht.¹⁵ Ook Louis XV en Louis XVI beriepen zich bij hun pogingen de wetgeving te uniformeren niet op praktisch-politieke argumenten en lieten, ondanks hun toenemende wanhoop over de politieke situatie, de costumen onverlet.¹⁶ Bovendien strandden vele van hun - beperkte - hervormingsvoorstellen, mede als gevolg van de weerstand bij de Parlementen. De Pruisische vorsten Friedrich Wilhelm I en Friedrich II, die onder directe invloed van de kameralisten stonden, hadden meer oog voor het nut van een goede rechtspleging voor de staat en zij steunden het codificatiestreven dan ook met wat meer elan. Maar zij wilden evenmin als de Franse vorst de codificatie gebruiken om een grotere cohesie in de staat te bewerkstelligen en hielden pogingen tot de invoering van rechtseenheid en de daarmee gepaard gaande inbreuk op de provinciale privileges daarom tegen.¹⁷ Dit resulteerde in een wat halfslachtige codificatie: het *Allgemeines Landrecht* (ALR) kreeg slechts subsidiaire gelding. Het provinciale recht behield zijn voorrang. Alleen de Habsburgse vorstin Maria Theresia vormde een uitzondering. Zij gaf rond 1750 opdracht tot een radicale hervorming van de staat, waarbij zij overigens wel zoveel mogelijk in overleg trad met de standenvergaderingen. Van het pakket hervormingen maakte ook een uniforme codificatie deel uit, die werd ondersteund met praktisch-politieke argumenten. Maar zij had voor deze hervormingen een bijzonder zwaarwegende reden. De oorlog met Pruisen had immers aangetoond hoe zwak de Donaumonarchie was geworden.

Er was nog een reden waarom de vorst de staatsstructuur niet wilde wijzigen. Hij werkte namelijk samen met lokale en regionale instellingen om bestuur op lokaal en regionaal niveau te (kunnen) realiseren. Daarmee zijn we aangekomen bij het probleem van de 'bureaucratie'. Het is ontegenzeggelijk juist dat de staatsvorming begeleid werd door een verschriftelijking van het bestuur in de vorm van correspondentie, nota's en wetgeving. Het aantal mensen, 'schrijvers', dat deze schriftelijke arbeid moest verrichten zal daarmee ongetwijfeld zijn toegenomen. De [17] academisch geschoolde juristen speelden zeker een grotere rol bij het bestuur, al zal deze rol met name adviserend zijn geweest. Overigens moet daarbij bedacht worden dat de rechtenstudie nog weinig gespecialiseerd was. Vanaf de achttiende eeuw maakte - althans in de Duitse gebieden - ook de kameralistiek deel uit van het curriculum. Juist vanwege deze connectie met het opkomende kameralisme, ook wel mercantilisme genaamd, is het van belang de plaats van juristen in het overheidsapparaat niet te ontkennen.¹⁸ Maar het is de vraag of, zoals de aanhangers van de hierboven vermelde 'bureaucratie-these' menen, daarmee ook een 'bureaucratie' in de Weberiaanse zin was ontstaan, namelijk een hiërarchische organisatie, gehoorzaamend aan rationele regels van het centraal gezag en betaald via een salaris. Een ambtenaar was afhankelijk zodat de overheid verzekerd was van zijn loyaliteit. Volgens Henshall had de vorst in het *Ancien Régime* niet een dergelijke moderne bureaucratie tot zijn beschikking, alleen al omdat die te duur was en moeilijk te realiseren vanwege de afstanden.¹⁹ Een omvangrijke,

moderne bureaucratie is iets, aldus Henshall, dat ontstond in de loop van de negentiende eeuw, toen de vorsten er *wel* in waren geslaagd de lokale vertegenwoordigers uit te schakelen. Toen was een bureaucratie essentieel, want wie bestuurd anders de regio? Ik ben geneigd dit standpunt van Henshall - zeker voor Frankrijk, de Donaumonarchie en Nederland - te volgen. Pruisen is wellicht een ander verhaal.²⁰ Het wijdverbreide 'probleem' van de verkoopbaarheid van de ambten geeft aan dat de bestuurder in de drie eerst genoemde landen meer een 'zelfstandige ondernemer' was. De bovengenoemde 'schrijvers' werden veelal door hem 'benoemd' en betaald om hem bij zijn onderneming te helpen.

De idee van een radicale codificatie paste, zoals gezegd, niet in de denkwereld van de meeste vorsten en zij ontstond dan ook elders, ook in het geval van Maria Theresia. Ondanks de afwezigheid of althans de beperkte omvang van een 'bureaucratie' in de strikte zin van het woord bestond er namelijk rondom de vorst wel degelijk een 'bestuursapparaat', waar een andere, meer moderne opvatting over de staat courant was. We moeten daarbij denken aan bestuurders als Colbert en Maupeou in Frankrijk, Haugwitz in de Donaumonarchie en Carmer in Pruisen, die alle vier om praktisch-politieke redenen naar een uniforme codificatie streefden.²¹ Deze mensen als bureaucraten te betitelen zou echter veel te ver gaan: Maupeou, Carmer en Haugwitz waren van adellijke afkomst.²² Alleen Colbert was afkomstig uit de [18] middenklasse, maar ook hij was al voor zijn benoeming tot minister tot de aristocratie toegetreden.²³ Bovendien bezaten zij allemaal uitgebreide landgoederen, waardoor een inkomen verzekerd was.²⁴ Hun positie hadden zij te danken aan een eeuwenoude strategie van de vorsten om voor het bestuur niet alleen te bouwen op de oude, hoge adel, die eigenlijk te bedreigend was om belangrijke regeringsposten te geven, maar ook nieuwe, lagere adel te gebruiken. Bestuurders als Colbert hadden, omdat ze niet tot de hoge adel behoorden, minder oog voor de handhaving van de *status quo* en zij stonden dan ook meer open voor moderne ideeën uit de kameralistische hoek. Het was deze wisselwerking tussen kameralistische auteurs en bestuurders die de codificatiegedachte bevorderde.

De plannen van deze bestuurders leidden echter, anders dan de voorstanders van de 'bureaucratie-thesen' lijken te menen, niet altijd tot de gewenste codificatie. De vorst en de hoge adel bleven uiteindelijk de hoofdrol spelen in het besluitvormingsproces en we hebben hierboven gezien wat hun opvattingen waren. Daarbij moet bedacht worden dat de bestuurders door vorst en hoge adel als *homines novi* werden beschouwd. De onderlinge sociale afstand was ook aanzienlijk. De hoge adel was internationaal geïntereerd en hechtte vooral waarde aan eer en overvloed. De toenemende nadruk op rationaliteit, efficiëntie of zelfs patriotisme moet voor hen stuitend zijn geweest. De ideeën van adel en bureaucratie liepen derhalve lang niet altijd parallel en de bestuurlijke voorstellen tot codificatie vonden, zoals we zagen, in de meeste gevallen weinig weerklank bij de vorst. Pas ingeval van grote politieke nood ging deze, *contre coeur*, overstag, zoals het voorbeeld van Maria Theresia laat zien.

Een uniforme codificatie was onder het *Ancien Régime* blijkbaar moeilijk te realiseren en aangezien de internationale positie van Frankrijk vrij goed was, bleef een dergelijke radicale ingreep daar dan ook uit. Ook na de gebeurtenissen van 1789 duurde het nog vijftien jaar voordat de *Code civil* totstand kwam. De achtergronden daarvan zijn van belang voor een beter begrip van het codificatiestreven. De opvattingen over codificatie tijdens de eerste jaren van de Revolutie werden voor een belangrijk deel bepaald door hetgeen daarover in de *cahiers de doléances* werd geventileerd. Uit die *cahiers* blijkt dat slechts weinigen voor een uniforme codificatie pleitten en bovendien dat dat voornamelijk met praktisch-juridische en, een nieuwe ontwikkeling, politiek-theoretische argumenten onderbouwd werd.²⁵ Men wenste [19] een codificatie om de burgers zekerheid te verschaffen omtrent hun rechten en plichten, mede jegens de overheid. Gedurende de Revolutie werd er nog wel een tweede politiek-theoretisch argument voor codificatie aan toegevoegd, door één van de belangrijkste politici van die tijd, de *abbé* Sieyès (1748-1836). Deze verwierp onder invloed van Rousseau de standenstaat en stelde daarvoor in de plaats de fictie dat de Franse natie één lichaam vormde, met één belang en één wil. Daaruit vloeide ook de noodzaak van rechtseenheid voort, te bereiken via een codificatie. Maar het was cruciaal dat tijdens de revolutie praktisch-politieke argumenten vrijwel geheel ontbraken.²⁶ Pas onder Napoléon, die overigens door Sieyès tot het plegen van een staatsgreep werd overgehaald, kwam hierin verandering. In de 'Discours' die de behandeling van de code begeleidden, werd duidelijk gemaakt dat vergroting van de cohesie binnen de Franse staat beoogd werd, met als doel haar te versterken. Toen stond niets de realisatie van een

uniforme codificatie in de weg: de staatsrechtelijke belemmeringen van de standenstaat waren immers opgeruimd, Napoléon was machtiger dan de vorsten ooit geweest waren en had bovendien geen enkele voeling met de waarden van de aristocratie, zodat een terugkeer naar het *Ancien Régime* was uitgesloten.

De opvattingen en macht van Napoléon vormen, tenslotte, ook de verklaring van het succes van het codificatiestreven in Nederland. Tijdens het *Ancien Régime* had de Republiek een uitzonderingspositie ingenomen. Niet alleen ontbrak een centraal binnenlands bestuur, maar bovendien was zij, althans in de zeventiende eeuw, dermate machtig dat toen iedere hervorming onnodig leek. Codificatieplannen ontbraken dan ook volledig. De situatie veranderde pas aan het eind van de achttiende eeuw, toen voor iedereen duidelijk was dat de internationale positie van de Republiek uiterst zwak was. Na het vertrek van de stadhouder werd er in de Nationale Vergadering voor het eerst met praktisch-politieke argumenten voor een codificatie gepleit. De patriotten waren evenwel verdeeld: een belangrijk deel van hen wensten de federale staatsstructuur in ieder geval ten aanzien van het recht te handhaven. Zo ontstond een patstelling die, afgezien van het korte radicale intermezzo in de eerste helft van 1798, voortduurde tot de komst van Napoléon. Eerst toen waren de omstandigheden gunstig voor een uniforme codificatie: een krachtig centraal gezag dat om praktisch-politieke redenen naar codificatie streefde.

3 Het codificatiestreven in Engeland

3.1 De achtergrond van het Engelse codificatiestreven

De staatkundige ontwikkeling op het Britse eiland was een geheel andere dan bijvoorbeeld Frankrijk.²⁷ De veruit belangrijkste deelstaat, Engeland, had veel minder geleden onder de feodalisering en de daarmee gepaard gaande versnippering van de soevereiniteit op het continent. Engeland was aan de vooravond van de [20] verovering ervan door Willem de veroveraar al in één staat verenigd en werd bestuurd door een centrale overheid met behulp van een beginnende bureaucratie. Na de verovering in 1066 konden deze centrale organen, waaronder een gerechtshof, verder worden uitgebouwd, omdat de Normandische vorsten zeer krachtig waren. De gevolgen van het ontbreken van privileges van de regio's waren enorm. Engeland kon zich eerder dan welke continentale staat dan ook ontwikkelen tot een eenheidsstaat, gekenmerkt door onder andere munteenheid, de afwezigheid van binnenlandse tolheffing en zelfs een zeker nationaal Engels bewustzijn.²⁸ Waar belemmeringen voor de binnenlandse handel ontbraken, was ook de opkomst van een kameralistische wetenschap onnodig.²⁹

Ook voor het recht was deze ontwikkeling van groot belang. Tot het begin van de twaalfde eeuw leek de rechtsbronnenleer in Engeland sterk op die van het continent. Het lokale gewoonterecht zoals toegepast door lokale rechters in veelal mondelinge procedures overheerste, hetgeen resulteerde in een grote rechtsverscheidenheid. Aan het eind van die eeuw was de situatie compleet veranderd. Het centrale gerechtshof had zijn greep op de rechtsvorming vergroot: geen enkel lokaal gerecht kon nog langer finaal, dat wil zeggen zonder toezicht van de rechters in Londen, zaken beslissen.³⁰ Op deze wijze ontstond naast het lokale gewoonterecht een nationaal gewoonterecht, de fameuze *common law*. De positie van deze *common law* was bovendien zo sterk, dat 'local custom thereafter [would] be seen at best as exceptional and at worst exceptionable'.³¹ Engeland kreeg zo 'a body of national law unique in Europe', zonder dat overigens de lokale costumen formeel werden afgeschaft. De meeste verdwenen gemakkelijk omdat zij niet op schrift gesteld waren. Het was vermoedelijk niet eens de bedoeling van de vorsten om rechtseenheid te bewerkstelligen. Zij vloeiende eenvoudig voort uit het bestaan van een centrale rechter. Een vergelijking met Frankrijk maakt duidelijk hoe belangrijk het moment is waarop een ontwikkeling ingezet wordt. In Frankrijk, immers, vond verschriftelijking van het recht - noodzakelijk in een zich economisch ontwikkelende samenleving - plaats zonder dat de vorst een overheersende machtspositie had verworven. Het gevolg was dat, vanaf 1450, *de lokale costumen* werden vastgelegd, hetgeen de rechtsverscheidenheid juist bestendigde.

Met de vestiging van het centrale gezag, had zich ook de rechtsbronnenleer gewijzigd. Onomstreden was sinds de dertiende eeuw de bevoegdheid van de centrale overheid, sinds het Magna Charta (1215) de vorst en het Parlement samen, om door middel van wetgeving, 'statutes', in het recht in te grijpen.³² Tijdens de regering van Edward I,

bijvoorbeeld, werd hier ook overvloedig gebruik van ge- [21] maakt.³³ Toch kregen *statutes* niet dezelfde status als wetgeving op het continent *na* de codificaties. Op het continent was de breuk met het gewoonterecht radicaal, omdat men een einde wilde maken aan rechtsvorming op lokaal niveau. Dat probleem speelde niet in Engeland, waardoor de *common law*, dat van oorsprong ook het karakter van gewoonterecht had, meer van haar gezag behield. Rechters hadden daarom de neiging om de *statutes* strikt en in de lijn van de *common law* uit te leggen.³⁴ Daar kwam nog bij dat de totstandkoming van de *statutes* afhankelijk was van de samenwerking tussen vorst en Parlement. Waar de vorst in de zeventiende eeuw onder invloed van de absolutistische staatsleer poogde via *statutes* zijn invloed te vergroten, trad het Parlement remmend op en werd zo tot verdediger van de *common law*.³⁵

De grote mate van rechtseenheid die vanaf 1200 zo kenmerkend was voor Engelse staat leek doorbroken te worden doordat Wales eind dertiende, begin veertiende eeuw aan Engeland werd toegevoegd. Om een tweetal redenen gebeurde dit toch niet. Ten eerste vond deze uitbreiding deels plaats door verovering, hetgeen leidde tot de onmiddellijke invoering van Engels in die gebieden.³⁶ Ten tweede was het gewoonterecht van Wales noch opgeschreven, noch uniform, hetgeen uiteindelijk een grote mate van verengelsing ervan in de overige gebieden tot gevolg had. Het resultaat was dat Engeland en Wales rond 1600 hetzelfde recht hadden, terwijl de centrale overheid in Londen in beide deelstaten wetgevende bevoegdheid had.³⁷

De personele Unie met Schotland in 1604, die ontstond toen de Schotse vorst James VI tevens koning van Engeland werd, bracht de langzaam gegroeide rechtseenheid opnieuw - en ditmaal ernstiger - in gevaar. Anders dan Wales was Schotland namelijk niet veroverd en kon het aanspraak maken op behoud van het eigen Parlement en van het eigen rechtstelsel. Bovendien was het Schotse recht ontwikkeld, verschriftelijkte en min of meer uniform. Er was nu een situatie ontstaan die vergelijkbaar was met de toestand op het continent, met als belangrijk verschil dat in de staten op het continent de rechtsverscheidenheid veel groter was. In Groot- [22] Brittannië duurt die situatie, zoals hiervoor al werd opgemerkt, voort tot de dag van vandaag.

De vroege ontwikkeling van de centrale overheid, en dan met name van het centrale gerechtshof, moest wel gevolgen hebben voor de omvang en aard van het overheidsapparaat. Van een bureaucratie in Weberiaanse zin was echter, dat ben ik met de aanhangers van de 'bureaucratie-these' eens, in Engeland lange tijd geen sprake, net als overigens op het continent. Ook Engeland kende, bijvoorbeeld, het verschijnsel van de verkoopbaarheid van ambten.³⁸ Wel werd al vanaf 1200 in Engeland recht gesproken door rechters die deel uitmaakten van het 'royal court' en die zo onder toezicht stonden van de vorst. Maar de aantallen waren vermoedelijk, om dezelfde redenen - afstand en kosten - als op het continent, gering.³⁹ Dit was mogelijk omdat men voor de beantwoording van met name feitelijke vragen gebruik maakte van lokale vrijwilligers.⁴⁰ In de loop van de achttiende eeuw wijzigde zich dit beeld van het overheidsapparaat. De Engelse overheid slaagde er namelijk, anders dan de Franse, in om een einde te maken aan het privaatrechtelijke element in de ambten. Met name op het terrein van de belastingheffing resulteerde dit eind achttiende eeuw in een moderne bureaucratie, eerder derhalve dan in Frankrijk.⁴¹ In het begin van de negentiende eeuw produceerde de Engelse bureaucratie een zo grote hoeveelheid op officieel onderzoek gebaseerde rapporten over sociaal-economische kwesties dat zelfs Marx en Engels onder de indruk waren.⁴²

We kunnen aldus constateren dat de positie van de Engelse centrale overheid anders, gunstiger was dan die van haar continentale tegenhangers. Zij kende niet het probleem van de afwezigheid van de bevoegdheid om door middel van (nationale) wetgeving in het privaatrecht in te grijpen, noch dat van een al te grote rechtsverscheidenheid. Aangezien codificatie juist een oplossing bood voor deze beide problemen, is het weinig verwonderlijk dat zij in Engeland uitbleef. Er werden, zoals bekend, wel voorstellen tot een dergelijke codificatie gedaan en een nader onderzoek naar de daarbij aangevoerde argumenten zal meer licht moeten werpen op het Engelse codificatiestreven *in concreto*. Daarbij zal ik mij, zoals eerder aangekondigd, beperken tot de voorstellen van Bentham en Brougham. [23]

3.2 Het Engelse codificatiestreven in concreto: Jeremy Bentham en Henry Peter Brougham

a) Jeremy Bentham

In het schrikbarend omvangrijke oeuvre van Jeremy Bentham, die in Oxford rechten studeerde⁴³ bij de auteur van de beroemde *Commentaries of the laws of England*, William Blackstone (1723-1780), neemt de idee van een codificatie, één van de vele neologismen die aan zijn geest zijn ontsproten, een prominente plaats in.⁴⁴ Hij verklaarde onomwonden: 'In every Political State, the greatest happiness of the greatest number requires, that it be provided with an all-comprehensive body of law'.⁴⁵ Waarom pleitte hij zo vurig voor een codificatie?

Benthams uitgangspunt was, zoals ongetwijfeld bekend is, het principe van 'utility', omdat zo het grootste geluk van het grootste aantal mensen verwezenlijkt kon worden. Waar het vragen van rechtvaardigheid betrof, vulde hij dit begrip 'utility' nader in als 'utility derived from expectations'.⁴⁷ Een wetgever moest er bij de opbouw van het systeem van rechtspleging voor zorgen dat de burgers duidelijke verwachtingen hadden omtrent de juridische verhoudingen en dat zij in die verwachtingen niet werden teleurgesteld. Hij moest zich met andere woorden altijd laten leiden door het 'disappointment-preventing principle'.⁴⁸ Dit vereiste tenminste de 'establishment and continuance of security' van, in het bijzonder, eigendom, zodat de burgers wisten waar ze aan toe waren en teleurstellingen zouden uitblijven.⁴⁹ Hij achtte een 'fixation of the text of the laws' daarom hoogst noodzakelijk. Want, zo zei hij, 'for leading expectation, the law need only be exhibi- [24] ted, provided that it is clear, and not too vast for comprehension'.⁵⁰ Deze rechtszekerheid was bovendien noodzakelijk om te voorkomen dat burgers zichzelf ruïneerden in procedures. 'The grand utility of the law', zo meende hij,

is certainty: unwritten law does not - it cannot - possess this quality; the citizen can find no part of it, cannot take it for his guide; he is reduced to consultations - he assembles the lawyers - he collects as many opinions as his fortune will permit; and all this ruinous procedure serves only to create new doubts'.⁵¹

Benthams verdediging van een rechtsstelsel dat op een codificatie was gebaseerd, berustte in de eerste plaats op een praktisch-juridische argumentatie.⁵² Hij achtte een dergelijk rechtsstelsel en de daarmee gepaard gaande rechtszekerheid immers vooral nuttig voor de justitiabelen, de rechtzoekende burgers. Aan het staatsbelang werd geen aandacht besteed.

In het verlengde hiervan kan tevens een politiek-theoretisch argument worden ontwaard. Bentham had namelijk ook oog voor het gunstige effect van een codificatie voor de positie van de burger tegenover de overheid. Burgers moesten, zo meende hij, weten welke verplichtingen hen werden opgelegd. 'The laws are a snare for those who are ignorant of them', zo merkte hij op. Hij stelde zich de retorische vraag, 'to what obligation ought the citizens to be subjected without their knowledge?'⁵³ en het antwoord moest natuurlijk luidden: geen. Bentham fulmineerde daarom tegen wat hij 'ex post facto law' noemde, recht dat eerst ontstond nadat de burgers hadden gehandeld. Codificatie, nu, zou de burger de noodzakelijke duidelijkheid over zijn rechten en plichten jegens de overheid verschaffen. Ten tweede kon door middel van een codificatie een einde worden gemaakt aan de onderworpenheid van de burgers aan het door hem verafschuwde, ondemocratische rechtersrecht. Hij kwalificeerde dit namelijk als volgt: 'Law which, having had for its authors, not the *people* themselves, nor any persons chosen by the people, but the creatures, the ever-removable and completely and perpetually dependent creatures of the *king* alone'.⁵⁴

Hoe was het nu in Engeland gesteld met het recht, voldeed dit aan de uit het beginsel van 'utility' voortvloeiende eis van rechtszekerheid? Zijn oordeel over het Engelse recht was vernietigend: 'The greatest and most extensive cause of regret respecting English law, is, -that as respects a large portion, it has no existence'. [25] Echt, bestaand recht had namelijk de vorm van wetten, dat wil zeggen 'rules expressive of the will' van een of meer personen.⁵⁵ Het behelsde een bevel, een 'command', waaraan de rest van samenleving gehoorzaamde, vanwege gewoonte of anderszins. Echt recht 'either emanates from the supreme authority in the state, or has that same authority for its support'. Alleen dit soort recht kan de verwachtingen van de burgers sturen en kan 'complete law' genoemd worden.

Zijn kritiek gold vooral de *common law*, in de aard waarvan 'the root of the imperfection' gelegen was. Het had immers de status van gewoonterecht, van 'unwritten law'. De term 'unwritten law' moet men overigens niet te letterlijk nemen. De *common law* is namelijk voor het grootste deel verschriftelijkt. Benthams fundamentele kritiek richtte zich tegen een ander aspect van het gewoonterecht: Hij beschouwde het als 'uncomposed and unenacted law'. De *unwritten law* was namelijk niet vastgelegd in formele wetten en ontbeerde daarmee het karakter van een 'command', een verbale uitdrukking van de wens van de autoriteiten. De *common law*, waar 'everything is fiction but the power exercised by the judge', impliceerde slechts een 'quasi-command', omdat het de uitdrukking is van niemands wil. Het gevolg van deze situatie was een grote onzekerheid. Een juridische discussie op basis van de *common law* is, zo stelde Bentham, wel eens omschreven als 'a competition of opposite analogies'. Hij kon dan ook niet anders concluderen, dan dat de Engelse wetgevers 'have allowed the security of their fellow-citizens to remain without foundation, tossed about by the interminable and always shifting competition of opposite analogies'. Hij betitelde de *common law* zelfs als 'sham-law' en 'imposters law', bedriegersrecht.⁵⁶

Bentham kwam zo tot de conclusie dat een codificatie in Engeland hoog nodig was, een taak die de wetgever spoedig ter hand moest nemen. Het verdient daarbij opmerking dat Bentham voor een forse uitbreiding van het kiesrecht pleitte om zo het democratische gehalte van de rechtsvorming te verhogen.⁵⁷ Hoe moest deze codificatie er precies uitzien, wat waren de kenmerken van de door Bentham voorgestane codificatie? Benthams visie op de rechtsbronnenleer sloot naadloos aan bij de basisgedachte van de achttiende-eeuwse codificatie: het primaat van de wet.⁵⁸ Zijn positivistische opvatting bracht hem ertoe de gedachte dat er zoiets als natuurrecht zou zijn te verwerpen⁵⁹. 'The rights of the governed and the rights of the government spring up together', zo stelde hij.⁶⁰ Indien er in een samenleving geen wetten waren, kon ook van recht geen sprake zijn.⁶¹ Het lijkt vreemd in het licht van zijn democratische opvattingen dat hij het natuurrecht, dat immers volgens velen als bolwerk, als 'rampart', tegen tyrannie kon fungeren, afwees. Bentham ontzegde het natuurrecht evenwel deze functie: 'the shadow of a rampart is not a rampart'.⁶² [26] Tyrannie kon beter worden bestreden door ervoor te zorgen dat *al* het recht in de codificatie was opgenomen. Hij eiste daarom een exclusieve en complete codificatie: 'A complete digest: such is the first rule. Whatever is not in the code of laws, ought not to be law'.⁶³ Niet alleen moest iedere verwijzing naar het natuurrecht ontbreken, ook het vreemde Romeinse recht en vooral het gewoonterecht, de 'unwritten law', moesten het ontgelden, omdat daarmee slechts een 'field of eternal disputes' zou worden geïntroduceerd. Hij merkte op over de codificaties in landen als Denemarken en Pruisen:

They have delivered their people from unwritten law - law which is uncertain in its essence - law without beginning and without end - law by which animals are governed, and which is disgraceful to men. Written law is alone deserving of the name of law (...). Written law has a certain manifest foundation. There is a legislator - there is a will - there is an expression of that will (...). Unwritten law possesses none of those qualities: its origins are unknown; (...) it is continually altering, without observation. If there be a legislator, it is the judge himself (...) a legislator, the promulgation of whose laws is only made by the ruin of the individuals to whom they refer.⁶⁴

Na het voltooien van de codificatie moest er een verbod komen op de 'introduction of all unwritten law' en op het citeren bij gerechten van zowel geleerde commentaren als uitspraken van rechters in zaken die niet rechtstreeks uit de code voortvloeiden.⁶⁵ Mochten er zich toch niet in de wet geregelde gevallen voordoen of een passage uit de wet obscuur blijken te zijn, hetgeen volgens hem overigens niet erg vaak zou gebeuren⁶⁶, dan moest de wet worden gewijzigd. Iedere uitleg van de code was uit den boze, immers 'certainty will generally, -perspicuity and brevity will always, suffer' als gevolg van die uitleg.⁶⁷

We hebben gezien dat in Frankrijk en de Donaumonarchie rechtseenheid een belangrijk aspect van de gerealiseerde codificatie was. Eiste Bentham een *uniforme* codificatie? Nee. Hij streefde met zijn voorstellen geen praktisch-politieke doelen na en had dan ook geen bezwaar tegen enige rechtsverscheidenheid binnen een staat:

I do not say, that if among the states of a sovereign he find a province, a town, which has its customs, its unwritten laws, to the preservation of which he finds himself bound either by convention or custom, he ought to abolish them. No, without doubt.

[27] Maar de wetgever moest met het oog op de rechtszekerheid wel de nodige voorzorgsmaatregelen treffen: 'he may confirm them, fix them by writing'. Over een eventuele rechtseenheid tussen Schotland en Engeland repte hij al in het geheel niet: hij beperkte zich in zijn codificatievoorstel tot Engeland.

b) Henry Peter Brougham

De eccentricie Bentham had weinig politieke invloed⁶⁸ en omdat het in de geschiedenis uiteindelijk toch gaat om 'Geist *und* Macht' wil ik tenslotte nog enige woorden wijden aan een tijdgenoot, Henry Brougham, die geprobeerd heeft in het Britse Parlement iets van de ideeën van Bentham te verwezenlijken.

Brougham volgde Bentham's visie op de voet, zo blijkt uit een op 7 februari 1828 in het Lagerhuis gehouden speech en een ruim twintig jaar later geschreven essay. Hij wees natuurlijk op het belang van de justitiabelen bij een goede rechtspleging. Het belangrijkste doel van de staat was, zo zei hij, een 'pure, and prompt, and cheap Administration of Justice throughout the community'.⁷⁰ Van een goedkope rechtspleging was in Engeland evenwel geen sprake: 'A great (...) evil of our system (...) is the excess of the costs which a party succeeding is obliged to pay, over and above what he can recover from his antagonist'.⁷¹ Net als bij Bentham zat hier ook een politiek-theoretische component in. Een codificatie was, zo meende hij, noodzakelijk om de burgers op de hoogte te brengen van hun rechten en plichten.⁷² Hoe nobel zou het zijn, indien de Engelse soeverein na codificatie van het recht kon zeggen

that he found law dear, and left it cheap; found it a sealed book - left it a living letter; (...) found it the two-edged sword of craft and oppression - left it the staff of honesty and the shield of innocence.⁷³

De codificatie diende uiteraard ook volledig te zijn. Niet alleen de *statutes*, maar ook de *common law* moest worden verzameld, gesystematiseerd en in de Code worden opgenomen:

A lawgiver promulgating a Code of written law, and leaving the unwritten untouched, is something between a folly and a fraud. He tells his subjects that they are in this book to find part of the rule of life; but that they must not trust it or heed it, because more than half the rule is elsewhere floating about in no [28] book at all. He says, "Look here and you will find half of what I command. (...) where you are to find that other part, I am sure is more than I can tell you."⁷⁴

Brougham deelde duidelijk de afkeer die Bentham had van gewoonterecht en om dezelfde redenen: het was *ex post facto* recht en bovendien afkomstig van een individu, namelijk de rechter, en niet van 'the supreme power in the State'.⁷⁵ Fel keerde hij zich bovendien in zijn zes uur durende speech tegen ieder voortbestaan van lokaal verschillend gewoonterecht.⁷⁶ Anders dan Bentham nam hij geen genoegen met opname ervan in de op te stellen codificatie. Het diende geüniformeerd te worden. Het was gewenst, zo meende hij, 'to give all parts of the country the same rules touching property' en hij pleitte vervolgens voor 'an assimilation of the laws affecting real estates, all over England, to take place at a given period, say twenty or thirty years hence, so as to prevent interference with vested interests. Dit streven naar volledige rechtseenheid was echter niet ingegeven door de wens de staatsvorming te bevorderen. Hij wilde slechts het ongemak voor de burgers wegnemen. Lokaal verschillende costumen belemmerden namelijk de circulatie van goederen en verkleinden de kans van de eigenaar om zijn goederen te verhypothekeren. Naast dit praktisch-juridische argument voerde hij, in goed zeventiende- en achttiende-eeuwse traditie, tevens aan dat rechtsverscheidenheid in strijd met de rede was. Brougham schreef, in een passage die doet denken aan Pascal:

Is it fitting or consistent with reason, or, indeed, with justice, that merely crossing the River (...) should make so great an alteration in the law of real property, as that, eastward of us, all the sons inherit equally; to the westward the youngest alone; and here the eldest? (...) Is it, I ask, fit, that this multitude of Laws, this variety of Codes, the relics of a barbarous age, should be allowed to exist in a country subject to the same general bonds of government.⁷⁷

Brougham behandelde in zijn essay een tweetal bezwaren die in Engeland tegen codificatie werden ingebracht, hetgeen enig licht werpt op het debat dat werd gevoerd. Het eerste bezwaar was gericht tegen de vermeende radicale inhoudelijke vernieuwing van het recht

die, zo dachten de tegenstanders, met de codificatie gepaard zou gaan. Brougham gaf toe dat het recht in Frankrijk wel gewijzigd was, maar deze wijzigingen waren, zo meende hij, het gevolg van het feit dat het recht daar, anders dan in Engeland, een grote rechtsverscheidenheid vertoonde. Hij verzekerde hen dan ook hij ten aanzien van Engeland tegen een verandering van het materiële recht was, juist met het oog op de rechtszekerheid. Het kon immers niet ontkend worden, dat [29]

they who insist upon the right of the subject to the inestimable benefits of a clear and intelligible statement of the law, and upon the duty of the Government to furnish one in return for the obedience which it exacts to that law, meddle not at all with any legislative improvement.⁷⁸

Het tweede bezwaar was dat ook een codificatie niet tot absoluut duidelijk recht zou leiden. De nieuwe Code zou onvermijdelijk imperfect zijn en aanleiding geven tot 'fresh doubts'. Gecodificeerd recht was niet gemakkelijker op de praktijk toe te passen dan de bestaande 'case-law'. Kijk maar naar de Franse situatie, zo merkten zij op, waar binnen vijftig jaar een grote hoeveelheid commentaren, beslissingen en controverses waren geproduceerd. Brougham bestreed deze visie door te wijzen op het enthousiasme van enkele Franse advocaten over de *Code civil* en bezweerde nog eens dat de rechtsonzekerheid in een gecodificeerd rechtstelsel in ieder geval minder groot is.

Toen het aankwam op een politieke verwerkelijking van zijn plannen stelde Brougham zich aanzienlijk voorzichtiger op. Hij merkte in zijn beroemde speech wel op dat de hervorming systematisch en alomvattend diende te zijn, immers 'in the body of law all the members are closely connected; you cannot touch one without affecting the rest'. Ook roemde hij Napoléon verschillende keren vanwege het tot stand brengen van de *Code civil*.⁷⁹ Maar hij had vlak voordat hij de speech hield al aan Bentham geschreven, dat hij niet om codificatie zou vragen, omdat alle krachten van kerk en staat daartegen waren.⁸⁰ Hij zou zich beperken tot het voorstel een 'good Commission' in te stellen. Zo geschiedde het ook: aan het einde van zijn speech vroeg hij slechts om een commissie 'for inquiring into the defects occasioned by time and otherwise in the Laws of this realm, and into the measures necessary for removing the same'.⁸¹ Het woord 'codificatie' en ook de naam van Bentham werden angstvallig vermeden.

Broughams pogingen tot hervorming van het - Engelse - recht bleven desondanks niet geheel zonder gevolgen. Engeland werd in de eerste helft van de negentiende eeuw gekenmerkt door een grote wetgevende activiteit.⁸² Tot een codificatie kwam het evenwel niet. Andermaal bleek dat de afwezigheid van een praktisch-politieke noodzaak fataal was.

4 Conclusie

Waarom is in Engeland geen codificatie tot stand gekomen, dat was de vraag die ik U aan het begin van mijn betoog voorlegde. De 'bureaucratie-these' biedt niet een afdoende antwoord op deze vraag. Ten eerste ontbrak in Engeland tot diep in de [30] achttiende weliswaar een moderne bureaucratie, maar dat betekende niet dat het Engelse recht in inhoudelijk feodaal en irrationeel was. Ook zonder bureaucratie had het zich geleidelijk aangepast aan de sociaal-economische veranderingen, die uiteindelijk leidden tot het ontstaan van de eerste geïndustrialiseerde kapitalistische samenleving ter wereld. Gecodificeerd recht heeft, denk ik, niet het alleenrecht op de titel 'modern recht'. Ten tweede valt er op het bestaan van een bureaucratie op het continent en met name in Frankrijk wel wat af te dingen. Het zou wel eens zo kunnen zijn dat Engeland aan het einde van de achttiende eeuw juist het voortouw nam met een bureaucratisering in Weberiaanse zin. Toch bleef juist daar een codificatie uit, tot op de dag van vandaag.

Een betere verklaring voor het uitblijven van een codificatie in Engeland is de vroege en succesvolle staatsvorming aldaar, waardoor zij in veel mindere mate dan de continentale staten leed aan een gebrek aan cohesie. De praktisch-politieke noodzaak tot codificatie ontbrak daarom. Voor zover al voor een codificatie werd gepleit, gebeurde dit op grond van praktisch-juridische en politiek-theoretische argumenten, zo leert een summier onderzoek naar de concrete codificatiegeschiedenis. Het codificatiedebat bleef aldus beperkt tot de juristen die twistten over de vraag of *case-law*, dan wel een codificatie de beste basis vormde voor een rechtstelsel. Een dergelijk debat is bijzonder moeilijk te beslissen.⁸³ Ook gecodificeerd recht biedt immers geen volledige rechtszekerheid, iets dat rond 1800 door velen - ook op het continent - werd begrepen. Op het continent werd, net

als in Engeland, het belang van de justitiabele dan ook met evenveel verve aangevoerd als argument *tegen* een codificatie. Deze patstelling werd op het continent doorbroken, omdat politici daar codificatie noodzakelijk achtten in het kader van de staatsvorming. De rechtsonzekerheid waartoe de codificatie in eerste instantie en ten nadele van de justitiabelen leidde, werd op de koop toe genomen. In Engeland, waar het praktisch-politieke argument, zoals gezegd weinig kracht had, bleef de patstelling voortbestaan, hetgeen de verdedigers van de *status quo* in de kaart speelde.⁸⁴ Daarom werd het *common law* stelsel gehandhaafd.

Rijksuniversiteit Groningen

Peter A.J. van den Berg

- ¹ *Principles of the civil code* in: J. Bentham, *Works I* (Edinburgh 1859; J. Bowring (ed.)), 297-364 (citaat 308).
- ² M. Lang, *Codification in the British Empire and America* (Amsterdam 1924), 2-5.
- ³ K. Zweigert en H. Kötz, *An introduction to comparative law* (Oxford 1987, 1992), 190-191.
- ⁴ J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis* (Groningen 1986, 1992), 379.
- ⁵ P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming. De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, 1450-1811* (Groningen 1996).
- ⁶ A. Jettinghoff en H. Spoormans, 'Staatsvorming en modern recht' in: *Recht en kritiek* 16/4 (1990), 310-334. Zij worden op de voet gevolgd door G.E. van Manen, 'Boekbespreking' in: *Recht en kritiek* 22/4 (1996), 411-414. De verklaring steunt ten dele op R.C. van Caenegem, *Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history* (Cambridge 1987).
- ⁷ Jettinghoff/Spoormans, 'Staatsvorming', 316-317.
- ⁸ Jettinghoff/Spoormans, 331.
- ⁹ Pas in 1749 werd de *Oberste Justizstelle (OJS)* ingesteld, die bovendien naar lokaal recht moest rechtspreken totdat het algemeen wetboek gereed zou zijn. Van den Berg, *Codificatie*, 113.
- ¹⁰ De *Parlements* in de provincies waren soeverein, in die zin dat er geen beroep open stond tegen hun beslissingen bij het parlement van Parijs. Wel kon de vorst een zaak om redenen van staatsbelang aan zich trekken en voorleggen aan de *Conseil du roi*. Pas na de val van het *Ancien Régime* werd een *Cour de Cassation* opgericht. F. Olivier-Martin, *Histoire du droit Français des origines à la Révolution* (Parijs 1948), 524-528.
- ¹¹ Brandenburg-Pruisen telde rond 1700 een zevental hoogste rechterlijke instanties, die ieder voor een bepaald territorium bevoegd waren. Net als in Frankrijk ressorteerden deze gerechtshoven onder de vorst in zijn hoedanigheid als landsheer van respectievelijke territoria en kon hij zich persoonlijk met een rechtszaak bemoeien. Beslissingen werden in beginsel op basis van het lokale recht genomen. H. Mohnhaupt, 'Die Institutionen der Staaten' in: H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II/3: Die Institutionen der Staaten und der Kirchen, die Einflüsse des Gemeinen Rechts in anderer Tradition* (nog te verschijnen), 156-171, in het bijzonder 156-159.
- ¹² E. Gellner, *Nations and Nationalism* (Oxford 1983, 1993) vertolkt de interessante these dat de roep om een cultureel, en dan vooral taalkundig homogene natie het gevolg was van de industrialisatie: toen eerst ontstond een samenleving waarin geletterdheid, opleiding en mobiliteit essentieel waren voor economische participatie. Vgl. ook E. Weber, *Peasants into Frenchmen. The modernization of rural France, 1870-1914* (Stanford 1976), 70-72 en 95-114, die laat zien dat tot ver in de negentiende eeuw in Frankrijk geen sprake was van een gevoel tot een cultureel homogeen land te behoren. De eigen regio kwam, vooral op het platteland, op de eerste plaats.
- ¹³ Charles Dumoulin (1500-1566) vormde een grote uitzondering met zijn radicale voorstel tot uniformering van de costumen. Van den Berg, *Codificatie*, 167-168.
- ¹⁴ N. Henshall, *The myth of absolutism. Change and continuity in early modern European monarchy* (Londen 1992), 176-186.
- ¹⁵ Van den Berg, *Codificatie*, 170 en 179.
- ¹⁶ Van den Berg, 188-192, 214-215 en 229.
- ¹⁷ Van den Berg, 84.
- ¹⁸ Vgl. voor de Duitse gebieden de invloed van de kameralist Christian Julius Schierl von Schierendorff (1661-1726) op de met fiscale zaken belaste *Hofkammer* en van de kameralist Johan Heinrich Gottlob Justi (1717-1771) op Haugwitz. Van den Berg, *Codificatie*, 107-111 en 113-115.
- ¹⁹ Henshall, *The Myth*, 200.
- ²⁰ H. Karch, 'Innere Ausbau und Zentralisierung: Der preußische Militär- und Beambtenstaat unter Friedrich Wilhelm I., 1713-1740', in: M. Schlenke (ed.), *Preußische Geschichte* (Freiburg/Würzburg 1983, 1991), 141-145.
- ²¹ Van den Berg, *Codificatie*, 114, 170, 179 en 214.
- ²² René Nicolas Charles Auguste Maupeou (1714-1792) was de kleinzoon van een in 1686 geadelde *président des enquêtes* bij het Parlement van Parijs. Hij was getrouwd met een dochter van De Roncherolles de Pont-Saint-Pierre. Zij genoot al een jaarlijkse *rente* van 50.000 livres. *Nouvelle Biographie Française* 33 (Parijs 1860), 367-383. Johan Heinrich Casimir Carmer (1721-1801) was een telg uit een oud, vermoedelijk normandisch-engels geslacht.

Hij studeerde rechten in Jena en Halle. *Allgemeine Deutsche Biographie* 4 (Leipzig 1876), 1-3. Friedrich Wilhelm Haugwitz (1700-1765) was de oudste zoon van de Silezische generaal Graf George Carl Haugwitz (+1745) en studeerde in Frankfurt an der Oder. Hij trouwde met een katholieke gravin. E. Haugwitz, *Die Geschichte der Familie von Haugwitz* (Leipzig 1910), 121 en 129.

²³ Colbert was een neef van J.B. Colbert de Saint-Pouange en een zoon van Marie Pussort. Hij werd rijk door toekenning van enkele ambten en religieuze benefices, die hij vervolgens goed verkocht. In 1658 kocht hij de 'baronnie de Seignelay (Bourgogne)', hetgeen hem de titel 'markies' opleverde. *Dictionnaire de Biographie Française* 9 (Parijs 1961), 188. *Nouvelle Biographie Générale* 11 (Parijs 1855), 102 ev.

²⁴ Dit gold overigens niet voor Svarez (1746-1798), wiens naam vaak met het *Allgemeines Landrecht* in verband wordt gebracht. Hij was de zoon van een onbemiddelde advocaat en een domineesdochter, die vanaf 1762 met een stipendium te Frankfurt an der Oder studeerde. E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (Tübingen 1939, 1963), 429-431. Hij was echter slechts een assistent van Carmer en had weinig politieke invloed. Hij was een uitvoerder van de werkzaamheden.

²⁵ Zie hierover uitgebreid P.A.J. van den Berg, 'De Franse *Code civil* (1804) en de *cahiers de doléances*. Naar een nieuw beeld van het privaatrechtelijke codificatiestreven in Frankrijk aan de vooravond van de Revolutie' in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 12 (1995), 1-21.

²⁶ Alleen gedurende de radicale periode eind 1792-juli 1794, toen de positie van Frankrijk bedreigd werd door buitenlandse legers, was er sprake van een op patriotisme gebaseerd streven naar codificatie. Deze periode was evenwel te kort om daadwerkelijk tot resultaat te leiden.

²⁷ Zie voor de volgende schets: J.H. Baker, *An introduction to English legal history* (Londen etc. 1971, 1990), 14

ev.
²⁸ B.P. Levack, *The formation of the British state. England, Scotland, and the Union, 1603-1707* (Oxford 1987), 10-11, 17 en 20-21. J. Brewer, 'The eighteenth-century British state. Contexts and issues' in: L. Stone (ed.), *An Imperial State at War. Britain from 1689 to 1815* (Londen/New York 1994), 52-71 (61).

²⁹ Brewer, 'The eighteenth-century', 55.

³⁰ Baker, *An Introduction*, 31. Van Caenegem, *Judges*, 5, merkt op dat er op enkele uitzonderingen na in Engeland geen hoger beroep mogelijk was: alle rechters maakten deel uit van het centrale rechterlijke orgaan.

³¹ Baker, *An Introduction*, 16.

³² Baker, *An Introduction*, 239. Levack, *The formation*, 18.

³³ M.S. Arnold, 'Statutes as judgments: the natural law theory of parliamentary activity in medieval England' in: *University of Pennsylvania Law Review* 126 (1977/1978), 329-343, in het bijzonder 332 ev.

³⁴ Daarnaast pasten rechters de zgn. 'Rule of exclusion' toe, die inhield dat niet mocht worden gekeken naar de parlementaire geschiedenis van de *statutes*. Vgl. ook de opvattingen van Edward Coke (1552-1633). Van Caenegem, *Judges*, 17 en 22. G.J. Postema, *Jeremy Bentham and the common law* (Oxford 1986), 14-27. Overigens poogde het Parlement eind achttiende eeuw deze situatie te wijzigen via de zgn. 'Septennial Acts' (1780), waarin het parlementaire wetgeving superieur verklaarde aan rechtersrecht. J.U. Lewis, 'Sir Edward Coke (1552-1633): his theory of "artificial reason" as a context for modern basic legal history' in: *The Law Quarterly Review* 84 (juli 1968), 330-342, in het bijzonder 330.

³⁵ Lewis, 'Sir Edward Coke', 330. Toch nam het belang van wetgeving vanaf de achttiende eeuw wel toe. Brewer, 'The eighteenth-century', 57, spreekt zelfs over de 'emergence of statute law as the dominant mechanism of regulation'.

³⁶ Baker, *An introduction*, 37.

³⁷ De meeste costumen van Wales werden formeel afgeschaft in 1536. Alleen de 'reasonable local customs' mochten, mits het bestaan ervan voldoende werd bewezen, blijven bestaan. De Engelse rechters waren niet bevoegd: voor Wales bestonden aparte 'Great Sessions'. Na verloop van tijd kregen de *Chancery* en *King's Bench* echter wel meer greep op deze rechters. In 1830 werden de *Great Sessions* opgeheven en was de rechtseenheid volledig. Baker, *An introduction*, 37.

³⁸ T. Ertman, 'The Sinews of Power and European State-Building Theory' in: L. Stone (ed.), *An Imperial State at War. Britain from 1689 to 1815* (Londen/New York 1994), 33-51 (45), wijst erop dat de verkoopbaarheid van ambten in overeenstemming was met het toen geldende feodale recht, in het bijzonder met het *beneficium*.

³⁹ Levack, *The formation*, 17.

⁴⁰ Baker, *An introduction*, 17-29.

⁴¹ Brewer, 'The eighteenth-century', 58-60. Ertman, 'The Sinews', 45.

⁴² D. Eastwood, 'Amplifying the province of the legislature': the flow of information and the English State in the early nineteenth century' in: *Bulletin of the Institute of Historical Research* 62 (1989), 276-294, in het bijzonder 276 en 293-294.

⁴³ Bentham, wiens vader en grootvader advocaten waren geweest, trad wel toe tot Lincoln's Inn, maar was nauwelijks actief in de juridische praktijk. Hij leefde als *grand seigneur* en vulde zijn dag met schrijven. *Dictionary of National Biography* 4 (Londen 1885), 268 ev.

⁴⁴ Zie over de codificatieplannen van Bentham Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken*, 379-382. J. Vanderlinden, 'Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham' in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 32 (1964), 45-78. D. Alfange, 'Jeremy Bentham and the codification of law' in: *Cornell law review* 55/1 (november 1969), 58-77 en G.J. Postema, *Jeremy Bentham and the common law* (Oxford 1986). Zie voor reacties op en de invloed van Bentham's voorstellen J.R. Dinwiddy, 'Early-nineteenth-century reactions to Benthamism' in: *Transactions of the Royal Historical Society* 5th series 34 (1984), 47-69. H. Beynon, 'Mighty Bentham' in: *The Journal of Legal History* 2/1 (mei 1981), 62-76 en de recensie door S. Romilly van Bentham's *Papers relative to codification* (1817) in *The Edinburgh Review* 29 (november 1817-februari 1818; 2e druk Londen 1821), 217-237.

⁴⁵ J. Bentham, *Codification proposal to all nations professing liberal opinions; or idea of a proposed all-comprehensive body of law* (1822) in: Bentham, *Works* IV (Edinburgh 1843; J. Bowring (ed.)), 535-594 (citaat 537).

⁴⁶ J. Bentham, *Pannomial fragments* in: Bentham, *Works* III (Edinburgh 1843; J. Bowring (ed.)), 211-230, in het bijzonder 222.

⁴⁷ Postema, *Jeremy Bentham*, 151-152. Daarnaast onderscheidde Bentham nog de 'original utility'.

⁴⁸ Bentham, *Pannomial fragments*, 226-227. Dit principe bracht in de praktijk, bijvoorbeeld, een hoge mate van bezitsbescherming met zich mee. Volgens Bentham was namelijk de pijn van iemand die wordt gestoord in het

daadwerkelijke bezit van een voorwerp groter dan de pijn van iemand, wiens hoop op het verkrijgen van bezit ongegrond blijkt te zijn.

⁴⁹ Postema, *Jeremy Bentham*, 152-153. Vgl. ook Bentham, *Principles of the civil code*, 307 en Id., *Anarchical fallacies being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution* in: Bentham, *Works* II (Edinburgh 1843; J. Bowring (ed.)), 489-534 (533), waar hij fel protesteert tegen het voorstel van Sieyès om alle privileges 'instantly' af te schaffen.

⁵⁰ Bentham, *Pannomial fragments*, 227. Ook Van Caenegem, *Judges*, 47, ziet de 'cognoscibility' van het recht als het doel van Benthams codificatiestreven.

⁵¹ J. Bentham, *A general view of a complete code of laws* in: Bentham, *Works* III (Edinburgh 1843; J. Bowring (ed.)), 155-210 (citaat 206). Vgl. ook Bentham, *A general view*, 207: 'The great utility of a code of laws is to cause both the debates of lawyers and the bad laws of former times to be forgotten'. Afkeer van advocaten blijkt ook elders: J. Bentham, *Nomography or the art of editing Laws* in: Bentham, *Works* III (Edinburgh 1843; J. Bowring (ed.)), 231-283, in het bijzonder pp. 241 en 243.

⁵² Vgl. Vanderlinden, 'Code et codification', 56 en 64.

⁵³ Bentham, *A general view*, 205. Vgl. Vanderlinden, 'Code et codification', 64.

⁵⁴ J. Bentham, *Papers relative to codification and public instruction* (1817) in: Bentham, *Works* IV (Edinburgh 1843; J. Bowring (ed.)), 451-465 (citaat 459). Vgl. ook Bentham, *A general view*, 206: 'Nothing but the greatest integrity in a tribunal can prevent the judges from making an unwritten law a continual instrument of favour and corruption'.

⁵⁵ Bentham, *Pannomial fragments*, 211.

⁵⁶ Bentham, *Pannomial fragments*, 211-224.

⁵⁷ Dinwiddy, 'Early-nineteenth-century reactions', 61-62. Beynon, 'Mighty Bentham', 66. Overigens koesterde Bentham dit idee pas op latere leeftijd.

⁵⁸ Vgl. ook Vanderlinden, 'Code et codification', 72-75.

⁵⁹ Vgl. Postema, *Jeremy Bentham*, 321.

⁶⁰ Bentham, *Pannomial fragments*, 219.

⁶¹ Vgl. Bentham, *Pannomial fragments*, 219: 'Law supposes government: to establish a law, is to exercise an act of government'.

⁶² Bentham, *Pannomial fragments*, 219.

⁶³ Bentham, *A general View*, 205. Vgl. ook Bentham, *A general View*, 206: 'Compleetheit hoort bij de 'age of civilization', achteraf gevallen beslissen bij de 'age of barbarism'.

⁶⁴ Bentham, *A general View*, 206. In Bentham, *Papers*, 260, uitte hij nog eens zijn bezwaar tegen het *ex post facto* karakter van gewoonterecht.

⁶⁵ Bentham, *A general View*, 209-210.

⁶⁶ Vgl. Bentham, *Codification proposal*, 537: 'Were any such all-comprehensive code in existence, and executed as it ought to be and might be, seldom would there be any such question as a question of law'.

⁶⁷ Bentham, *A general View*, 205 e.v.

⁶⁸ Zie hierover Beynon, 'Mighty Bentham', passim, die constateert dat de leerlingen van Bentham hun meester maar al te vaak teleurstelden.

⁶⁹ Brougham, afkomstig uit een geslacht dat een kleine eeuw geleden een deel van de 'manor of Brougham' had verworven, studeerde te Edinburgh onder meer rechten en praktiseerde vervolgens vanaf 1800 enige tijd als advocaat. *Dictionary of National Biography* 6 (Londen 1886), 448 ev.

⁷⁰ H.P. Brougham, *Present state of the law. The speech of Henry Brougham, Esq., M.P., in the House of Commons on Thursday, february 7, 1828* (Londen 1828), 5.

⁷¹ H.P. Brougham, *Present state of the law*, 112. Vgl. ook H.P. Brougham, *Present state of the law*, 113.

⁷² H.P. Brougham, 'On the making and digesting of the law' in: Brougham, *Works* 8: *Dissertations, historical and political* (Edinburgh 1872), 207-238, in het bijzonder 216-217.

⁷³ Brougham, *Present State*, 119.

⁷⁴ Brougham, 'On the making', 226-227. Vgl. ook H.P. Brougham, 'On the making', 237, waar diverse vorsten worden geprezen vanwege 'delivering the people from the miserable slavery of vague and unknown law'.

⁷⁵ Brougham, 'On the making', 229.

⁷⁶ Zoals de verschillende 'tenures by which property is held' en de regels waarbij het wordt overgedragen.

⁷⁷ Brougham, *Present state*, 44-46.

⁷⁸ Brougham, 'On the making', 217-219.

⁷⁹ Brougham, *Present state*, 90, 114 en 119.

⁸⁰ Beynon, 'Mighty Bentham', 71-72.

⁸¹ Brougham, *Present state*, 120.

⁸² Baker, *An Introduction*, 247. W.S. Holdsworth, 'The movement for reforms in the law (1793-1832)' in: *The Law Quarterly Review* 56 (1940), 33-48, 208-228 en 340-353, in het bijzonder 352-353. Vgl. ook Eastwood, 'Amplifying', passim.

⁸³ Vgl. de gedachten die Van Caenegem, *Judges*, 127-168, en in het bijzonder 161, daaraan heeft gewijd.

⁸⁴ Wie die verdedigers waren, kunnen we lezen bij Van Caenegem, *Judges*, 48-50.